

Exoneración convencional de las deudas salariales en la subrogación empresarial por sucesión de contratistas

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Una vez más se cuestiona la subrogación empresarial por sucesión de contratistas operada por mandato del Convenio Colectivo en el que expresamente se exonera a la empresa entrante de las deudas laborales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, práctica convencional frecuente en determinados sectores. No se aplica lo dispuesto legalmente para la transmisión empresarial por entender que tal sucesión no existe, toda vez que no se produce el traspaso de una entidad económica con un conjunto de medios organizados con entidad propia.

1. En determinados sectores —seguridad, limpieza, etc.— la empresa que asume la contrata suele hacerse cargo del personal de la empresa saliente en cumplimiento de las previsiones convencionalmente establecidas. Se trata de supuestos —continuación sucesiva en el tiempo de empresas en la contrata de servicios para una entidad principal— en los que la asunción de los trabajadores no se efectúa de forma voluntaria por el interés demostrado por la empresa entrante. Bien al contrario, la aceptación de dichos trabajadores opera como consecuencia de la imposición ordenada por el Convenio Colectivo aplicable, de lo que se deduce que no se trata tanto de una sucesión de empresas, sino de una obligación convencional.

Decisiones jurisprudenciales antiguas han venido avalando la inaplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en estos supuestos. «No hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay

subrogación empresarial cuando no se transmite la unidad productiva que la determina y define» (STS de 5 de abril de 1993, Ar. 2906, FJ 4).

Por ello, para garantizar en la medida de lo posible la continuidad en el empleo, en los Convenios Colectivos se suelen pactar, para el caso de la sucesión de contratistas en la que no se produce el fenómeno de la transmisión previsto en el mencionado artículo 44, unas cláusulas denominadas *subrogatorias* que establecen importantes garantías de empleo para los trabajadores afectados mediante la imposición de la obligación a la empresa entrante de subrogarse en los trabajadores de la saliente adscritos a la contrata. La validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna porque, si bien el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44, «resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva» (STS de 7 de abril del 2016, FJ 2).

De esta manera, en la sucesión de contratistas, la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario —art. 44 ET— siempre que no se haya producido una transmisión de activos patrimoniales o una «sucesión de plantillas» en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (STS de 27 de octubre del 2004, Ar. 7202). La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el Convenio Colectivo aplicable. Eso significa que la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata pero, en aplicación de lo establecido convencionalmente, adquiere la obligación de hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata y en las condiciones pactadas.

2. En el caso que se analiza (STS de 7 de abril del 2016, Ar. 95806) se cuestiona la aplicación del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad. Como base normativa, destaca en primer lugar el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, en virtud del cual «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieron su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso».

Como es sabido y en aplicación de mandato, el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores establece la responsabilidad solidaria de ambas empresas a las transmisiones por actos *inter vivos* durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas. Se trata, pues, de una previsión específica incorporada por el legislador español que, yendo más allá de lo dispuesto por el legislador comunitario, ha establecido que, en los casos de sucesión empresarial, no sólo se produce

la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones de la anterior respecto a los trabajadores cedidos, sino que se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas en relación con las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar (SSTS de 15 de julio del 2003, Ar. 6108, y de 4 de octubre del 2003, Ar. 7378).

Por su parte, el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad (el de 2012-2014 en el caso que se analiza, o el de 2015-2016 en la actualidad, o el de 2009-2012 con anterioridad) viene disponiendo que, cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión (o por cualquier causa) del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho centro y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de éstos o su categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca. De ser así, la empresa cesante en el servicio deberá atender, como único y exclusivo obligado, tanto los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación como la liquidación por todos los conceptos, incluidas las vacaciones de los trabajadores, dado que la subrogación sólo implica para la nueva empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados, pero nada más.

3. Con este sustento normativo, la Sala de lo Social ha venido construyendo una jurisprudencia, hoy consolidada. Así, se afirma que «en los supuestos de sucesión de contratistas la pretendida transmisión de contratistas no es tal sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma

sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ante la ausencia de aquéllas, en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente» (STS de 10 de diciembre de 1997, Ar. 736, FJ 2).

No existiendo una transmisión empresarial regulada por el citado artículo 44, «la posible subrogación de la empresa entrante con relación a los derechos y obligaciones laborales de la saliente de producirse no lo sería por aplicación de tales normas sino con fundamento en el Convenio Colectivo aplicable, [...] a cuyos presupuestos, extensión, y límites debe estarse» (SSTS de 29 de enero del 2002, Ar. 4271, FJ 3, y de 20 de septiembre del 2006, Ar. 6667, FJ 3). Respecto de las empresas que se suceden en la contrata (empresas del sector de vigilancia), «la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores no deriva del mandato del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino concretamente del artículo 14.A del tan repetido Convenio» (STS de 21 de septiembre del 2012, Ar. 2388, FJ 5). En tal caso, cuando resulta de aplicación el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad, «no estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores pues no se ha producido transmisión de activos materiales ni tampoco “sucesión de plantillas”, por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, respecto a los trabajadores de la saliente, sería la establecida en el Convenio Colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece» (STS de 24 de julio del 2013, Ar. 6797, FJ 4).

4. Se trata de una jurisprudencia que sirve de base para admitir, también en el supuesto que se analiza en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril del 2016 (Ar. 95806), que la nueva empresa adjudicataria se subroga en los contratos de los trabajadores sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa. No se aplica el régimen legal, sino el régimen convencional, en virtud del cual la nueva empresa queda exonerada del pago de dichas deudas.

Para llegar a tal conclusión, el Tribunal Supremo tiene que salvar decisiones judiciales de la Unión Europea asimismo consolidadas. Por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de enero del 2002 (as. C-51/2000, Temco Service Industries) en la que se señala cómo el artículo 1, apartado 1, de la directiva debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario. La operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un Convenio Colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato.

Considera el Tribunal Supremo que tal previsión se refiere a los efectos derivados directamente de la directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues el Convenio Colectivo, cuando impone la subrogación obligatoria, lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la directiva o de dicho artículo 44. Por esta razón, la norma

convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la directiva, manteniendo plena libertad para fijar sus propias condiciones en aquellas previsiones que la directiva no constan en la directiva. La justificación es que «la relación entre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva, ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora, aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación» (STS de 7 de abril del 2016, Ar. 95806, FJ 4).

Advierte el tribunal en este punto cómo la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: *a)* se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el Convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la ley española obligan a ello; *b)* la realidad material de que la mayoría de los trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una «sucesión de plantilla» y una ulterior «sucesión de empresa»; *c)* esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el Convenio Colectivo; *d)* puesto que si no existiera el mandato del Convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de derecho necesario relativo de la ley (arts. 3.3 y 85.1 ET, respectivamente).

En definitiva, «son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones, sino el ajuste a las normas de derecho necesario», por lo demás, «no se impone la subrogación absoluta de todos los trabajadores que, adscritos a la contrata,

prestaban servicios en la empresa saliente. La subrogación convencional está limitada a aquellos trabajadores con una antigüedad en la empresa de al menos siete meses. Si estuviéramos en un supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tal limitación personal sería claramente ilegal. Sin embargo, la Sala ha avalado explícitamente su legalidad [SSTS de 27 de abril del 2012, Ar. 6078, y de 16 de julio del 2014, Ar. 5109] por entender que en la regulación del referido precepto convencional no se está ante una transmisión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que la asunción de los trabajadores por la contratista entrante no obedece a su decisión o conveniencia, sino al mandato del propio Convenio Colectivo que regula la subrogación de manera específica» (STS de 7 de abril del 2016, Ar. 95806, FJ 5).

5. En conclusión, se avala que el Convenio Colectivo establezca la obligación de la empresa cesante de atender como único y exclusivo obligado los pagos y cuotas derivados de la prestación de trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, configurando una condición constitutiva de la subrogación convencional impuesta. De esta forma, la empresa entrante queda exonerada de responder de las deudas laborales contraídas por la saliente antes de la subrogación.

Una decisión no exenta de crítica por parte de diferentes votos particulares que acompañan al pronunciamiento general. La razón básica de esta oposición es que el Tribunal Supremo viene considerando en sus últimas sentencias que, en aquellos supuestos en los que en una actividad es predominante la mano de obra y se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, se entiende que se ha producido una sucesión de empresas que requiere la aplicación de las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. El carácter voluntario u obligatorio de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de la subrogación, por lo que ha de resultar indiferente si la empresa se hace cargo porque existe una obligación legal o convencional. En todo caso,

se aplica lo previsto en la norma legal que impone la responsabilidad solidaria de ambas empresas en las deudas contraídas con anterioridad a la subrogación no satisfechas.

Al margen del interesante debate interno del tribunal sobre este aspecto, lo cierto es que la existencia de un Convenio Colectivo que altera la previsión legal no parece ser causa que justifique la calificación del supuesto de hecho. Se trata de considerar si existe o no sucesión de empresas porque, de ser así, el Convenio puede mejorar, pero no eliminar, las garantías

de estabilidad y las obligaciones de subrogación previstas por la norma laboral. Si la sucesión de plantillas viene siendo considerada en los últimos tiempos jurisprudencialmente una sucesión de empresas, la norma convencional no puede concurrir con la norma legal, siendo ésta de prioritaria aplicación. A tal fin, supuestos como el analizado deberían fundamentar con mejor criterio la inexistencia de sucesión de plantillas y, por ende, de sucesión de empresas, pues, de lo contrario, adquiere difícil justificación la prioridad aplicativa de la norma convencional sobre la legal.